

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Falência da Pena de Prisão

Causas e alternativas

5ª edição
2017

saraiva  *jur*

ISBN 978-85-472-0625-3

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Bitencourt, Cezar Roberto

Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Av. das Nações Unidas, 7.221, 12º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

1. Direito penal 2. Prisão 3. Processo penal I. Título.

SAC | 0800-0117875
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

17-0044

CDU 343.261

Índice para catálogo sistemático:

1. Pena de prisão : Processo penal 343.261

Presidente Eduardo Mufarej
Vice-presidente Claudio Lensing
Diretora editorial Flávia Alves Bravin

Conselho editorial

Presidente Carlos Ragazzo
Consultor acadêmico Murilo Angeli Dias dos Santos

Gerência

Planejamento e novos projetos Renata Pascual Müller
Concursos Roberto Navarro
Legislação e doutrina Thais de Camargo Rodrigues

Edição Deborah Caetano de Freitas Viadana

Produção editorial Ana Cristina Garcia (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa
Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Guilherme H. M. Salvador
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro
Mônica Landi
Surane Vellenich
Tatiana dos Santos Romão
Tiago Dela Rosa

Data de fechamento da edição: 14-4-2017Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 601999 CAE 586547

Diagramação e revisão Microart Design Editorial

Comunicação e MKT Elaine Cristina da Silva
Capa Tiago Dela Rosa

Imagem de capa Shutterstock / Ket4up**Produção gráfica** Mari Rampim**Impressão e acabamento** Bartira

7100077

SUMÁRIO

<i>Nota de agradecimento</i>	7
<i>Abreviaturas</i>	9
<i>Nota à 5ª edição</i>	21
<i>Prefácio à 2ª edição</i>	23
<i>Prólogo à 1ª edição</i>	27
À GUIA DE INTRODUÇÃO	31
1. Princípio da presunção de inocência	31
1.1. Grande retrocesso na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal	33
2. Princípio da proibição do retrocesso	35
I. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	39
1. Considerações introdutórias	39
2. A Antiguidade	42
3. A Idade Média	45
3.1. Influência da religião na evolução da pena	48
3.1.1. Influência da prisão eclesástica	48
3.1.2. Importância do direito canônico	49
4. A Idade Moderna	51
4.1. Causas da transformação da prisão-custódia em prisão-pena	56
5. Os reformadores: Beccaria, Howard, Bentham	65
5.1. Cesare Beccaria	66
5.1.1. Resumo das ideias de seu tempo	66
5.1.2. O contrato social	67
5.1.3. Os fins da pena	69
5.1.4. Humanização das sanções criminais	71
5.2. John Howard	72

5.2.1. A humanização das prisões.....	73
5.2.2. Influência da religiosidade.....	74
5.2.3. Pessoal penitenciário e juiz de execução	75
5.2.4. Influência nas reformas legislativas.....	76
5.3. Jeremy Bentham	77
5.3.1. Fins preventivos da pena	78
5.3.2. As condições criminógenas da prisão.....	80
5.3.3. O panóptico.....	82
5.3.4. O panóptico como instrumento de dominação	85
5.3.5. Realizações das ideias penitenciárias de Bentham.....	86
II. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	89
1. Considerações preliminares	89
2. Sistema pensilvânico ou celular	90
2.1. Origens históricas	90
2.2. Características e objetivos do sistema.....	91
2.3. Crítica ao regime de isolamento	94
3. Sistema auburniano	100
3.1. Origens históricas	100
3.2. Características e objetivos do sistema.....	103
3.3. Sistemas pensilvânico e auburniano: semelhanças e diferenças	108
4. Sistemas progressivos.....	110
4.1. Sistema inglês progressivo ou <i>mark system</i>	112
4.2. Sistema progressivo irlandês.....	114
4.3. Sistema de Montesinos	117
4.3.1. Respeito à dignidade do preso	118
4.3.2. A função reabilitadora do trabalho	119
4.3.3. Outras ideias de Montesinos.....	120
4.4. Crise do sistema progressivo: algumas causas.....	122
III. AS FUNÇÕES DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	127
1. Generalidades	127

2. Teorias sobre a função da pena	129
3. Teorias absolutas ou retributivas da pena.....	131
3.1. Teoria de Kant.....	133
3.2. Teoria de Hegel.....	137
3.3. Crítica de Klug às teses de Kant e Hegel.....	139
3.4. Outras teses retribucionistas da pena	140
3.5. Críticas às teorias retributivas da pena.....	143
4. Teorias preventivas da pena.....	145
4.1. A prevenção geral	146
4.2. A prevenção especial	152
4.2.1. Prevenção especial: tratamento penitenciário....	162
5. Teoria mista ou unificadora da pena.....	163
6. Teoria da prevenção geral positiva	166
6.1. A prevenção geral positiva fundamentadora.....	167
6.2. A prevenção geral positiva limitadora	171
IV. CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	175
1. Considerações gerais	175
2. A prisão como fator crimínogeno.....	179
3. Elevados índices de reincidência.....	182
4. Efeitos sociológicos ocasionados pela prisão	185
4.1. Influência prejudicial sobre o recluso	185
4.2. Significado e efeito do sistema social originado na prisão	188
5. Efeitos psicológicos produzidos pela prisão	209
5.1. Problemas psicológicos que a prisão produz	209
5.2. Efeito negativo sobre o autoconceito do recluso	216
6. O problema sexual nas prisões	217
6.1. Repressão do instinto sexual.....	218
6.2. Consequências negativas da privação de relações sexuais	219
6.3. Soluções para o problema sexual.....	226
6.3.1. Solução tradicional: exercícios físicos, trabalho, esportes	226
6.3.2. A utilização de drogas	227

6.3.3. Saídas temporárias.....	228
6.3.4. A visita íntima	229
6.3.5. A prisão aberta	236
6.3.6. A prisão mista	238
7. Análise etiológica da conflitividade carcerária	239
7.1. O comportamento violento não é exclusivo da prisão ...	240
7.2. Aspectos subjetivos que estimulam a conflitividade carcerária.....	241
7.3. A clássica prisão de segurança máxima.....	242
7.4. Influência de ideologias políticas radicais	242
7.5. Motins decorrentes de reformas penitenciárias	243
7.6. As graves deficiências do regime penitenciário.....	243
V. SUBSTITUTIVOS PENAS: REFORMA PENAL DE 1984 ..	245

1ª Seção

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

1. Origem e desenvolvimento do instituto.....	245
2. Conceito e denominação do instituto	247
3. Natureza jurídica	249
4. A suspensão condicional no Direito positivo brasileiro.....	251
4.1. Requisitos ou pressupostos necessários.....	253
4.2. Espécies de suspensão condicional.....	257
4.2.1. Condições do <i>sursis</i>	260
4.3. O período de prova.....	260
4.3.1. Causas de revogação obrigatória	261
4.3.2. Causas de revogação facultativa	263
4.4. Prorrogação do período de prova	265
5. Extinção da pena privativa de liberdade.....	266

2ª Seção

PENAS PECUNIÁRIAS

1. Considerações gerais.....	267
2. Origens das penas pecuniárias	268

3. Conceito e tipos de penas pecuniárias.....	269
4. Origem do sistema dias-multa.....	272
5. O Direito Penal positivo brasileiro.....	274
5.1. Cominação e aplicação da pena de multa	274
5.2. O sistema dias-multa.....	275
5.3. Limites da pena de multa	275
5.4. Dosimetria da pena de multa	277
5.5. Multa substitutiva.....	278
6. Aplicação na legislação extravagante.....	279
7. Fase executória da pena pecuniária	280
7.1. Pagamento da multa.....	280
7.2. Formas de pagamento da multa	282
7.3. Conversão da multa na versão da Reforma Penal de 1984	283
8. A competência para a execução da pena de multa à luz da Lei n. 9.268/96	284
9. A inevitável prescrição durante a execução	288

3ª Seção

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

1. Considerações gerais.....	290
2. Antecedentes das penas alternativas.....	290
3. Cominação e aplicação das penas alternativas	295
4. Requisitos ou pressupostos necessários à substituição	298
4.1. Novos aspectos nos critérios orientadores da substitui- ção.....	304
4.1.1. Substituição nos crimes culposos	304
4.1.2. Anormalidade das circunstâncias: (in)suficiên- cia da substituição da pena de prisão no homicí- dio culposo de trânsito.....	304
4.1.3. Substituição nas penas de até um ano de prisão...	309
4.1.4. Substituição nas penas de até seis meses de pri- são	310
5. Espécies de penas restritivas	311
5.1. Prestação pecuniária	311

5.1.1. Definição e destinatários da “prestação pecuniária”	311
5.1.2. Injustificada limitação da “compensação”: condenação em ação reparatória.....	312
5.1.3. Possibilidade de estender a “compensação” às conciliações cíveis	313
5.1.4. Sanção penal fixada em salários mínimos: duvidosa constitucionalidade.....	313
5.2. Perda de bens e valores	314
5.2.1. Distinção entre “confisco-pena” e “confisco-efeito da condenação”	314
5.2.2. Limites do confisco	315
5.3. Prestação de outra natureza (inominada)	315
5.3.1. Natureza consensual dessa “conversão”	316
5.3.2. “Conversão” somente da “prestação pecuniária”: seu fundamento.....	317
5.4. Limitação de fim de semana	317
5.5. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas	321
5.6. Interdição temporária de direitos	326
6. Penas restritivas como incidente de execução	334
7. Conversão das penas restritivas de direitos	336
7.1. Novos aspectos relativos à conversão	336
7.1.1. Coercibilidade da conversão.....	336
7.1.2. Limite temporal da conversão e detração penal..	337
7.1.3. Ressalva: <i>quantum</i> mínimo de conversão.....	337
7.1.4. Exclusão das penas pecuniárias da “conversibilidade” à pena de prisão.....	338
7.2. Causas gerais de conversão.....	339
7.3. Causas especiais de conversão	343
8. Consentimento do condenado.....	346
9. Crimes hediondos e a Lei n. 9.714/98	347
10. Conflito político-criminal entre as Leis n. 9.714/98 e n. 9.099/95.....	351

10.1. Lesão corporal leve dolosa, ameaça e constrangimento ilegal	352
11. Limites das novas penas alternativas e a suspensão condicional do processo	353
11.1. Divergência quanto aos requisitos de admissibilidade .	354
12. Novas penas alternativas e prisão processual: incompatibilidade	356

4ª Seção

OUTRAS PENAS ALTERNATIVAS

1. Síntese dos fundamentos da Exposição de Motivos relativos aos aspectos vetados	358
2. Razões dos vetos presidenciais	360
3. Recolhimento domiciliar	361
3.1. Prisão domiciliar disciplinada na Lei de Execução Penal.....	363
4. Advertência, frequência a curso e submissão a tratamento....	364
4.1. A pena de “advertência”	364
4.2. Pena de “frequência a curso”	370
4.3. Pena de “submissão a tratamento”	371
5. Advertência e comparecimento a programa ou curso educativo (Lei n. 11.343/2006).....	374
5.1. Natureza jurídica das sanções cominadas à infração cometida pelo usuário de drogas	377
5.2. Conteúdo da advertência sobre os efeitos das drogas e da medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo	379

5ª Seção

APLICAÇÃO SUBSTITUTIVA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NAS LEIS N. 9.503/97 E 9.605/98

1. Considerações gerais	382
2. Aplicação dos institutos penais da Lei n. 9.099/95 aos crimes tipificados no Código de Trânsito Brasileiro: interpretação do art. 291	382

2.1. Interpretação e aplicação do art. 291 e parágrafo único, conforme a redação originária do CTB (antes da alteração produzida pela Lei n. 11.705/2008)	385
2.2. Interpretação e aplicação do art. 291 após a alteração produzida pela Lei n. 11.705/2008	390
2.3. Interpretação e aplicação do art. 291 após a entrada em vigor da Lei n. 12.971/2014.....	393
3. Aplicação <i>substitutiva</i> ou <i>alternativa</i> das penas “restritivas de direitos” nas infrações definidas na Lei Ambiental (Lei n. 9.605/98)	395
3.1. Aplicação dos postulados da Lei n. 9.099/95 nas infrações penais definidas na Lei Ambiental (Lei n. 9.605/98)	396
3.1.1. A transação penal na nova Lei Ambiental	396
3.1.2. Prévia composição ou prévia reparação do dano	397
3.1.3. Comprovada impossibilidade de composição do dano	398
3.1.4. A suspensão condicional do processo	399
3.1.5. Limites constitucionais da transação penal	401

6ª Seção

APLICAÇÃO DA PENA

1. Individualização da pena	403
2. Circunstâncias e elementares do crime	404
3. Circunstâncias judiciais.....	405
3.1. Circunstâncias judiciais nos denominados “crimes societários”	411
4. Circunstâncias legais: atenuantes e agravantes genéricas	413
4.1. Circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes e atenuantes.....	414
5. Causas de aumento e de diminuição da pena	415
6. Dosimetria da pena.....	416
6.1. Pena-base: circunstâncias judiciais.....	417
6.2. Pena provisória: agravantes e atenuantes	419
6.2.1. Pena aquém do mínimo: uma garantia constitucional	419

6.3. Pena definitiva.....	423
---------------------------	-----

7ª Seção

LIVRAMENTO CONDICIONAL

1. Origem e desenvolvimento do livramento condicional.....	425
2. Conceito e caracteres da liberdade condicional	426
3. Natureza jurídica da liberdade condicional.....	428
4. A liberdade condicional no Direito brasileiro	429
5. Requisitos ou pressupostos necessários	430
5.1. Requisitos ou pressupostos objetivos.....	430
5.2. Requisitos ou pressupostos subjetivos	434
5.3. Requisito específico	438
6. Condições do livramento condicional	440
6.1. Condições de imposição obrigatória.....	441
6.2. Condições de imposição facultativa.....	443
7. Causas de revogação do livramento condicional.....	445
7.1. Causas de revogação obrigatória.....	445
7.2. Causas de revogação facultativa	447
8. Suspensão do livramento condicional	449
9. Efeitos de nova condenação	449
10. Prorrogação do livramento e extinção da pena.....	452
BIBLIOGRAFIA.....	455